

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR ORANGE ESPAGNE, S.A.U., CON RELACIÓN AL CÓMPUTO DE LOS INGRESOS DERIVADOS DE LOS CANALES TCM Y TNT, A LOS EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE FINANCIACIÓN ANTICIPADA DE LA PRODUCCIÓN DE OBRAS AUDIOVISUALES EUROPEAS

CNS/DTSA/879/17/ORANGE

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, 8 de marzo de 2018

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 8 de marzo de 2018, ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (en lo sucesivo ORANGE), con relación al cómputo de los ingresos derivados de los canales TCM y TNT a los efectos del cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de la producción de obras audiovisuales europeas.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

Con fecha 30 de octubre de 2017 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC un escrito de ORANGE, en el que solicita una aclaración formal en relación con la aplicación de la obligación de financiación anticipada de la producción de obras audiovisuales europeas.

En concreto, pone de manifiesto que los canales TCM y TNT se encuentran bajo la responsabilidad editorial de Turner Broadcasting System Europe y que operan bajo la regulación de OFCOM, al radicar la sede de esta compañía en Londres. ORANGE no es responsable editorial de estos canales, limitándose únicamente a incluirlos en su parrilla de programación.

Como consecuencia de ello solicita aclaración sobre si debe computar los ingresos derivados de estos dos canales (TCM y TNT) a los efectos del cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de la producción de obras audiovisuales europeas relativa al ejercicio 2017

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC “*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual*”. Y en el apartado primero se prevé que, en particular, ejercerá las siguientes funciones:

“1. Controlar el cumplimiento por los prestadores del servicio de comunicación televisiva de cobertura estatal, y por los demás prestadores a los que les sea de aplicación, de las obligaciones relativas a la emisión anual de obras europeas y a la financiación anticipada de la producción de este tipo de obras en los términos de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.”

Por otra parte, el artículo 5.2 de la Ley CNMC señala que esta Comisión actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

En consecuencia con lo indicado, la CNMC es el organismo competente, en cuanto autoridad reguladora, para conocer del escrito remitido por ORANGE, al circunscribirse el mismo al ámbito interpretativo y de aplicación del artículo 5 de la LGCA y su normativa de desarrollo, ámbito sobre el que esta Comisión ejerce sus funciones.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y los artículos 8.2.j) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para conocer este asunto es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

III. MARCO JURÍDICO APLICABLE A LA CONSULTA

La obligación de la financiación anticipada de la producción de obras audiovisuales europeas se regula en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA) en los siguientes términos:

“Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal o autonómica deberán contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, con el 5 por 100 de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales en los que emiten estos productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción. Para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública de cobertura estatal o autonómica esta obligación será del 6 por 100” (párrafo primero).

Esta obligación consiste en la contribución anual a la financiación de obra audiovisual europea (entendiendo por obra audiovisual, películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales, películas y series de animación), con los siguientes límites:

1. Contribución con el 5% o el 6% de los ingresos devengados en el ejercicio anterior (según se trate de prestadores de titularidad privada o pública) para la financiación de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación. Esta es la obligación genérica definida en el párrafo primero del artículo 5.3 de la LGCA. En los siguientes párrafos se fijan las demás subobligaciones comprendidas dentro de esta principal.
2. Al menos el 60% o el 75% (según se trate de prestadores de titularidad privada o pública respectivamente) de este porcentaje (punto 1) deberá destinarse a películas cinematográficas de cualquier género.
3. Al menos el 60% de esta financiación de películas cinematográficas (punto 2) deberá destinarse a producciones en alguna de las lenguas oficiales de España. La promoción y fomento de la producción audiovisual europea, se circunscribe aquí a la especialidad de la protección de la diversidad lingüística española.
4. Al menos el 50% del 60% anterior (punto 3) deberá aplicarse a obras de productores independientes.
5. Una vez cubierta la obligación de destinar a películas cinematográficas como mínimo el 60%, o el 75% en el caso de los prestadores públicos, el resto hasta completar el total de su respectiva obligación general (punto 1), puede dedicarse a la financiación de películas, series o miniseries para televisión. Sería hasta un 40%, o un 25% en el caso de los prestadores de titularidad pública.

6. Se establece la especificidad para los prestadores de titularidad pública, de que dentro del porcentaje del 25% que pueden dedicar a películas, series o miniseries para televisión, deberán dedicar, en su caso, un mínimo del 50% a películas o miniseries para televisión.

La LGCA introdujo algunas modificaciones respecto a la normativa anterior que regulaba esta obligación. En esencia estas modificaciones han consistido en una ampliación de los sujetos obligados, en el tipo de obras o productos en los que se puede efectuar la financiación y en el establecimiento de una nueva redistribución de los porcentajes financiados. También se prevé un tratamiento especial para los llamados prestadores temáticos.

Respecto a los sujetos obligados, la LGCA establece en el párrafo noveno del artículo 5.3 que *“También están sometidos a la obligación de financiación establecida en este artículo **los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difunden canales de televisión** y los prestadores de servicios de catálogos de programas”*.

Tras la entrada en vigor de la LGCA se consideraba necesaria la elaboración de un nuevo reglamento que se adaptase a las disposiciones de la nueva ley audiovisual y que coadyuvase a establecer las medidas oportunas para la promoción y fomento de la producción e industria audiovisual europea en general, y de la española en particular.

En consecuencia, y con los objetivos básicos de dotar de seguridad jurídica a los nuevos sujetos obligados y de arbitrar mecanismos de flexibilidad en el cumplimiento de la obligación de financiación, se aprobó el Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas (en adelante, el Real Decreto 988/2015), que desarrolla la obligación prevista en el artículo 5.3 de la LGCA.

A los efectos de la presente consulta el Real Decreto 988/2015 regula, por un lado, el ámbito subjetivo aplicable al cumplimiento de la obligación y los requisitos que deben reunir los sujetos obligados (artículo 3) y, por otro lado, cuáles son los ingresos computables y excluidos (artículos 6 y 7) para poder llevar a efecto la obligación. Estos aspectos se analizarán en el apartado siguiente.

IV. OBJETO Y ANÁLISIS DE LA CONSULTA.

1.- Naturaleza de ORANGE como sujeto obligado.

A los efectos del cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de la producción de obra europea, ORANGE es un sujeto obligado en calidad no de

prestador del servicio de comunicación audiovisual, sino de prestador del servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión¹.

A este respecto, el artículo 3 del Real Decreto 988/2015, dedicado al ámbito subjetivo de la obligación, dispone en el apartado primero que están sujetos a lo dispuesto en el Real Decreto, entre otros, los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión, de acuerdo con la definición del artículo 2.15 de la LGCA, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el apartado segundo, es decir:

- a) Estar establecidos en España de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1 de la LGCA.
- b) Ofrecer un servicio de cobertura estatal, según lo dispuesto en el artículo 2.3 de la LGCA, o un servicio de cobertura autonómica.
- c) Respecto a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y de un servicio de catálogo de programas, tener la responsabilidad editorial sobre los canales de televisión o catálogos de programas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2.2 y 2.13 de la LGCA. Y con relación a los prestadores de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión, tener la responsabilidad sobre la selección de los canales de televisión que ofertan, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.15 de la LGCA.
- d) Emitir en dichos canales o catálogos los siguientes productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción: películas cinematográficas (largometrajes y cortometrajes), películas de televisión, miniseries y series de televisión, documentales y producciones de animación.

ORANGE es un prestador que ha estado sujeto a esta obligación desde la entrada en vigor de la LGCA por reunir los requisitos citados, considerándose, en esencia, que como prestador del servicio de comunicación electrónica ostenta la responsabilidad sobre la selección de los canales de televisión que oferta a sus abonados, y a su vez los comercializa en paquetes. Asimismo, del abanico de canales que oferta, en muchos de ellos se han emitido productos audiovisuales que generan la obligación de financiación anticipada de obras audiovisuales, motivo por el que se le ha exigido el cumplimiento de esta obligación.

¹ El artículo 2.15 de la LGCA lo define como «*La persona física o jurídica prestadora del servicio de comunicación electrónica que ofrezca, conjuntamente con un servicio de acceso a comunicaciones electrónicas, una oferta de canales de televisión que en sus contenidos incluyan películas cinematográficas, películas para televisión o series para televisión, ofrecidas en un paquete seleccionado por el prestador de comunicación electrónica.*»

Así como en el caso de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, uno de los requisitos inherentes para que se consideren como tal y, en consecuencia, que resulten sujetos a las distintas obligaciones incluidas en la LGCA, es que ostenten la responsabilidad editorial sobre los canales que emiten.

En el caso de los prestadores del servicio de comunicación electrónica lo determinante para la sujeción a la obligación de financiación de obra europea es que en la comercialización de sus paquetes incluyan canales de televisión seleccionados por ellos y que en esos canales se emitan productos que generen la obligación: películas cinematográficas, películas y series para televisión, documentales y películas y series de animación, todos ellos con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción.

Por tanto, en este último caso es indiferente quién sea el responsable editorial de los canales, si el mismo prestador del servicio de comunicación electrónica (en este caso se constituiría también en un prestador del servicio de comunicación audiovisual) o un tercero, como suele ocurrir en casi todas las plataformas de distribución de canales de televisión.

Por otra parte, ni la LGCA ni el Real Decreto 988/2015, excluyen del cómputo de los ingresos a aquellos canales que se distribuyan en estas plataformas y cuyo responsable editorial esté sometido a otra jurisdicción que no sea la española, siempre y cuando emitan productos que generen la obligación y siempre y cuando el prestador o plataforma esté establecido en España y su ámbito de cobertura sea estatal o autonómico.

A este respecto cabe reseñar que este ha sido el criterio a aplicar por parte de la CNMC en las distintas resoluciones de verificación y control de la financiación anticipada de la producción de obras europeas. A efectos de su cumplimiento, en el caso de prestadores del servicio de comunicación electrónica que estén sujetos a la jurisdicción española y que difunden canales de televisión, se toman en cuenta todos los canales que distribuyen siempre que emitan productos audiovisuales que generen la obligación, independientemente de quién sea el responsable editorial y con independencia también de si ese responsable editorial del canal se encuentra o no bajo jurisdicción española.

2.- Ingresos computables.

Una vez determinados los canales a computar en el caso de los prestadores como ORANGE, se ha de analizar cuáles deben ser los ingresos computables correspondientes a estos canales.

La LGCA estipula en el artículo 5.3 que los sujetos obligados deben contribuir a la financiación anticipada de la producción de obras europeas con el 5% (el 6% para los prestadores de titularidad pública) de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación correspondientes a los

canales en los que emiten los productos audiovisuales que generan el cumplimiento de la obligación, es decir, aquellos con una antigüedad menor a siete años y que sean películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación.

En la Ley no se hacen distinciones entre aquellos canales editados por terceros y distribuidos por plataformas, según su responsable editorial se encuentre o no establecido en España. Es decir, los ingresos derivados de todos estos canales han de computar.

Esta disposición se encuentra desarrollada por el artículo 6 del Real Decreto 988/2015, cuyo apartado primero establece cuáles son los ingresos computables en el caso de los prestadores de titularidad privada:

“1. Los ingresos computables para determinar la cuantía de la obligación de financiación, en el caso de los prestadores obligados de servicios de titularidad privada, son los siguientes:

- a) Ingresos derivados de la comercialización publicitaria.*
- b) Ingresos obtenidos por la venta a terceros de los contenidos producidos o coproducidos por el prestador de servicios que generan la obligación.*
- c) Ingresos de las cuotas de abono.*
- d) Ingresos obtenidos por la explotación directa del contenido por parte del prestador independientemente de la modalidad utilizada.*
- e) Ingresos obtenidos de la comercialización de canales que den lugar a la obligación de financiación, cuya responsabilidad editorial corresponda a un tercero, de los cuales se deducirán los pagos que se realicen al editor de canales.*
- f) Ingresos derivados del arrendamiento de licencias.*
- g) Ingresos procedentes de las ayudas y aportaciones públicas, cualquiera que sea su denominación, que tengan la naturaleza jurídica de subvenciones.”*

De este elenco de ingresos, y sin excluir los demás en su caso, los que afectan más directamente a las plataformas distribuidoras de canales, como ORANGE, son los ingresos de las cuotas de abono y los procedentes de la comercialización de canales que den lugar a la obligación de financiación, cuya responsabilidad editorial corresponda a un tercero. De estos últimos ingresos se han de deducir los pagos que la plataforma o distribuidor realice al editor de canales o responsable editorial.

Tampoco en esta disposición se excluyen los ingresos cuando el responsable editorial de los canales esté sujeto a la jurisdicción de otro país, como es el caso del responsable editorial de los canales TCM y TNT, que opera bajo la regulación de OFCOM, por radicar su sede en el Reino Unido.

Asimismo, tampoco en el artículo 7 del Real Decreto 988/2015, dedicado a los ingresos excluidos del cómputo, hay menciones específicas para excluir los ingresos derivados de estos canales, siempre que den lugar al nacimiento de la obligación:

“No se computarán los siguientes ingresos:

a) Los obtenidos de la explotación de canales o catálogo de programas que no den lugar a la obligación de financiación.

b) Los generados por el arrendamiento o venta de equipos de recepción o instalación de antenas, así como por la contratación y mantenimiento del equipo técnico utilizado para la recepción del servicio, ni los ingresos de conexión técnica o servicios relativos a infraestructuras de difusión.

c) Los provenientes de actividades no relacionadas con la actividad audiovisual del prestador.”

V. CONCLUSIÓN

En conclusión, a la consulta planteada por ORANGE, se ha de indicar que no sólo los canales TCM y TNT, sino todos aquellos difundidos por los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, independientemente de quien sea el responsable editorial y con independencia de si el responsable editorial se encuentra o no sometido a la jurisdicción española, han de tenerse en cuenta para el cumplimiento de la obligación de financiación anticipada de la producción de obras europeas, siempre que esos canales emitan productos que generen o den lugar a dicha obligación.

Por lo que respecta a cuáles serían los ingresos computables derivados de estos canales, en el artículo 6 del Real Decreto 988/2015 se detallan, constituyendo los principales los ingresos de las cuotas de abono que se puedan imputar a esos canales y los procedentes de su comercialización, una vez deducidos los pagos que se realicen al editor de canales o responsable editorial. Ello sin perjuicio de aplicar cualquier otro y que se pueda imputar al prestador del servicio de comunicaciones electrónicas, según lo dispuesto en este precepto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados.